



論説 外国人労働者の法的地位：入管法政策と労働法政策の交錯（2・完）

著者	早川 智津子
雑誌名	筑波法政
巻	42
ページ	57-82
発行年	2007-03-30
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156101

外国人労働者の法的地位

——入管法政策と労働法政策の交錯——（二・完）

早川 智津子

第二章 アメリカ法の状況

第三節 アメリカ労働法と移民政策（続）⁽⁹⁰⁾

二 不法就労者の法的地位

一方、不法就労者の法的地位をみると、合衆国では、移民法のもとで不法就労者は退去強制の対象となるが、雇用すること自体は禁止されていなかった。そこで、前述のとおり、一九八六年IRCAは、不法就労者であることを知りながら雇用した雇用主等を罰する規定を創設した。このように不法就労者の雇用を禁止するIRCAの施行後は、労働法上の保護を不法就労者に与えるか否かが大きな問題となった。具体的には、①不法就労者にも労働法規が適用されるか、さらに②適用されるとすると、労働法規のもとでの保護の内容はいかなるものになるかという点である。

上記①についての裁判例は、州の労災補償法などにつき

IRCAの目的に照らして不法就労者に保護を与えないとするものもあるが、多くの裁判例はIRCAと各労働法規の適用は矛盾しないとして適用を認める傾向にある。⁽⁹²⁾

次に、上記②については、不法就労者についての全国労働関係法（National Labor Relations Act: NLRA）上のバックペイの救済等の可否が問題となった事案で、最近に至り重要な合衆国最高裁判決が下されている（Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB⁽⁹³⁾（以下、「Hoffman 判決」）。そこで同判決を簡単に紹介する。

本件では、全国労働関係局（National Labor Relations Board: NLRB）が、雇用主が組合支持の被用者四名をレイオフしたことはNLRA八条（a）（3）に反する不当労働行為にあたるとして、将来の違反行為の中止・禁止命令、ポスト・ノータイスのほか、復職およびバックペイの支払いを命

令した。⁽⁹⁴⁾その後、NLRBの命令遵守手続の過程で、被用者の一人（Castro）が、メキシコ出身でありながら、テキサス州出身の他人の出生証明を提示するなどして雇用されていたことを自ら証言したことから、不法就労者であることが判明した。

NLRBは、雇用主が不法就労者であると知りながらCastroを採用したとは認められないとしたうえで、同人には復職の救済を与えず、バックペイについて雇用主が同人を不法就労者であると知った日までの支払いを命令した。⁽⁹⁵⁾これに対し、雇用主は、IRCA施行後は不法就労者の雇用は禁止されているため本件命令は違法であるとして、司法審査を求めた。

そこで、コロンビア特別区巡回区控訴裁判所は、NLRBの命令を支持したが、雇用主が上告し、合衆国最高裁は、原判決を破棄した。Rehnquist 首席裁判官の法廷意見（五対四の多数意見）は述べている。

本件のような不法就労者の救済についてはNLRAと移民政策との衝突が生じるが、「被用者が合法的に合衆国に滞在せず、雇用される資格がなかった期間には就労可能性がない」としてバックペイの救済を否定したSue-Tan 事件の最高裁判決は、⁽⁹⁶⁾不法就労者にNLRAを適用しうるとしても、救済方法に関するNLRBの

権限は連邦の移民政策からの制約を受けると判断したものである。同判決で示された「就労可能性」がない場合の解釈については、文脈からみて、合衆国から出国した外国人に限るとの見解（本件原審）と、文字どおり「合法的に合衆国に滞在しておらず、雇用される資格がない」外国人一般をいうとする見解との対立があるが、本件問題はより広い法的背景から検討するべきであり、この争点を解決する必要はない。

NLRBによる救済方法の選択がその権限外の連邦法を侵害する場合には、NLRBの救済は後退を余儀なくされる。Sue-Tan 事件判決の二年後に制定されたIRCAは、「就労資格確認制度」を創設して、外国人が合衆国で就職するために、虚偽書類等を使用することを禁じた。本件では、詐欺により得られた職につき、何年も遂行されていない労働に対して、合法的に獲得しえない賃金の遡及払いをCastroに認めることは、NLRBが執行の権限を持たないIRCAの政策に反するものであり、その救済における裁量権の限界を超えている。また、本件命令では、Castroが違法に滞在し続けた場合にのみバックペイが与えられることになるが、このような場合にバックペイを与えることは、移民法を矮小化するだけでなく、将来の違反を促

進することになる。

そして、バックペイを否定しても、本件雇用主には、中止・禁止命令、およびポスト・ノティス命令が出されており、この命令に従わなければ裁判所侮辱罪を問われるので、雇用主が罰を免れるわけではない。現行のNLRAの救済能力に不足があるとしても、それは議会が扱うべきものである。

本判決は、レイオフされた不法就労者にバックペイの救済を与えることは移民政策（具体的にはIRCAによって改正されたINA）に反し、また、移民政策はNLRBの権限外であるからその裁量が認められる事項ではないとして、NLRBは不法就労者に対してバックペイの救済を与える権限がないと判断したものであり、NLRAの下での不法就労者に対する救済内容の問題について最高裁の見解を示した点で意義がある。

ただし、本判決は、*Sure-Tan* 事件判決の示した「就労可能性」という判断基準を用いずに、雇用主が不法就労者を知りつつ雇用することを禁じたIRCAの移民政策を根拠に不法就労者へのバックペイの救済を否定した点で、従来のアプローチとは異なっている。また、従来の裁判例のうち、バックペイ命令を認めたものが採用してきた、救済を与えないこ

とが不法就労者の雇用のインセンティブになるとの論理を用いず（これを採用した反対意見が付されている）、むしろ、不法就労者に救済を与えることは、不法就労者が違法に合衆国に滞在するインセンティブとなると述べ、従来とは逆のインセンティブ論を展開した点においても特色がある。

しかし、IRCAの立法史において、同法はNLRBなどの連邦機関の救済権限に影響を与えるものではないとされていたことからすると、本判決が、不法就労者にバックペイの救済を与えることは移民政策に反すると判示したことには疑問が生じうる⁹⁸。もともと、本判決への批判も、移民政策を労働法の解釈にいかに関与させるかという点に関する見解の違いに基づくものであって、移民政策を考慮した労働法の解釈を行うおうとしている点では共通している。

本判決後、不法就労者に対し労働法上の救済を与えうかが問題となった事件について、下級審裁判例では、本判決に従うものもあるが、本判決の射程距離を限定する動きがみられる。具体的には、公正労働基準法（Fair Labor Standards Act: FLSA）は、過去の労働に対する最低賃金、割増賃金の支払いを命ずるもので、本人が救済当時適法に国内に滞在しているかいないかは問題とならないようである⁹⁹。労災補償法においては、逸失賃金の算定が主な問題となるが、本判決の影響を受けているものと、そうでないものがあり、裁判

例の立場は分かれている。^⑩

以上のことから、アメリカ労働法における不法就労者の法的地位に関する全体的特徴をみると、裁判例は一方で、不法就労者にも労働法の適用を認めて、保護を与えつつ、IRCAの目的を阻害しないように、救済内容において適法就労者と異なる扱いを行っていることを指摘できる。不法就労者の雇用を禁止したIRCA（一九八六年制定）の法政策を考慮せざるを得ない九〇年代以降の判例において、この特徴は顕著である。このように合衆国では、移民政策の実現を損なわないような労働法規の解釈が志向されている点において、移民政策が労働法に影響を与えている。

もっとも、不法就労者の労働法上の保護のあり方について、Hoffman判決後もさまざまな見解がある。すなわち、まず、先にみたように、裁判例の中でも、①移民政策ないし移民法と不法就労の関係をどう捉えるかで見解が分かれる。一方では、不法就労者に労働法の保護を与えれば、雇用主が就労資格のない外国人を移民法に違反して雇用するインセンティブを減らすので、労働政策の実施を図れるだけでなく、移民政策にも合致するという見解がある。^⑪他方で、不法就労者に労働法の保護を与えれば、外国人が就労資格なくして合衆国に入国するという逆のインセンティブをもたらすとの見解がある。

次に、②問題となっている労働法の領域ないし法的規律の内容に応じた取扱いの違いから生ずる議論がある。すなわち、NLRAのもとでバックペイの救済を否定したHoffman判決に対する批判という形で、(ア)救済内容のレベルで、既往の労働に対応する救済はなお可能であるとする考え方や、(イ)各労働法規の救済内容に照らして、差止めによる救済や懲罰的損害賠償などは可能とする考え方がある。また、(ウ)当該労働者の就労可能性、すなわち、適法に就労する地位を取得する可能性^⑫を労働者側が立証できた場合、適法就労になることを条件に救済を認める考え方もある。さらに、上記①とも関連するが、(エ)救済において、不法就労者に労働法の保護を与えることが、移民政策の実現に対するインセンティブと逆インセンティブの両方があることを念頭において、雇用主が不法就労者であることを知っていたか、知らなかったかで救済を分ける見解がみられる。

第三章 アメリカ法の特徴と日本法への提言

第一節 アメリカ法の位置付け

以上の検討を踏まえ、外国人労働者の受入れおよび取扱いをめぐるアメリカ法の特徴をみてゆく。詳細は以下で述べるが、合衆国においては、移民法ないし移民政策と、労働法ないし労働政策が、それぞれ交錯して関連付けられ、影響を与

え合うなど、相互に密接な関連を持つものとして位置付けられる点に特色がある。

第一項 アメリカ移民法における労働政策

以下では、第二章で概観してきた、労働証明制度、雇用主処罰制度および移民関連不当雇用行為制度をそれぞれ取り上げ、アメリカ移民法においては、労働政策に配慮した制度設計がなされていることを明らかにしていく。

一 労働証明制度の位置付け

アメリカ移民法の労働証明制度は、以下で述べるように国内労働市場の保護を図る機能を持つという特徴があり、その点で、移民法において労働政策を反映した制度として位置付けられる。

すなわち、労働証明制度は、それ自体は移民法上の制度ではあるが、前述のように、外国人労働者の受入れにより、国内の労働市場において合衆国労働者との競合が発生することを避けるとともに、合衆国労働者の賃金等の労働条件に不利な影響が生じないよう配慮しているものといえ、国内労働市場に悪影響をもたらす外国人を受け入れないようにするという点で、国内労働市場の保護を図るといふ観点から、外国人労働者を「排除」するか、あるいは「受入れ」を認めるかを

決定する制度であり、労働市場政策の実現という要素をも兼ね備えている。

また、合衆国の労働証明制度においては、BCISの入国および資格変更の許可の前提として、労働長官が労働証明を発給することが要求されている。ここでは、入国・滞在管理および就労の管理を一元的に行うシステムをとった場合でも、入国・滞在許可に至るプロセスの一段階として労働行政機関が労働市場テストを実施しうることが示されている。このように、労働証明制度の運営が、労働政策を専門に担当する労働長官（労働省）においてなされていることから、同制度が、移民法上の制度であるとはいえ、その実施を労働行政が担っているという点において、労働政策の実現の一環として位置付けられる仕組みとなっている。

二 雇用主処罰制度の位置付け

雇用主処罰制度は、移民法上の制度であり、不適切な外国人を受け入れないという移民法の「選択」の理念のうちの「排除」の側面を、雇用主の側を罰することにより実現しようとするものといえる。この点では、雇用主処罰制度は、ビザ制度の実効性を高める手段となっている。それと同時に、就労資格のない外国人が流入すると、不法就労することが多く、国内労働市場に悪影響を与えることから、このよう

な悪影響が発生するのを防止しようとする労働政策を反映したものともいえる。

労働証明制度が、国内労働市場に悪影響を及ぼす外国人を直接的に「排除」する機能を持つているのに対し、雇用主処罰制度は、そのような外国人が「排除」されずに入国・滞在して不法就労を行うことによる国内労働市場への悪影響を防ぐ機能を持ち、しかも、不法就労者を国外に退去させるだけではなく、雇用関係の相手方である雇用主を規律の対象とする。このように、雇用主処罰制度は、移民法の制度であるが、不法就労をなくすという点で国内労働市場のコントロールの一環として、労働政策を反映しているものと位置付けられる。

三 移民関連不当雇用行為制度の位置付け

移民関連不当雇用行為制度は、雇用主処罰の波及効果として、適法な就労資格を持つ外国人や外国人に似た外貌の者が、いわば「排除」の「とばっちり」を受けるようなかたちで差別を受けるなどの問題が生じるおそれがあるため、「統合」の観点から、出身国ないし国籍を理由に差別をすること禁止することで保護を図ろうとするものである。

このような移民関連不当雇用行為制度は、適法に受け入れた外国人については、可能な限り「統合」を図ろうとするも

のであり、労働政策の観点から、外国人を「統合」しようとする機能を持つものと位置付けられる。移民関連不当雇用行為の規定は、移民法上に設けられているが、この点で、実質的には労働法としての性質を持つともいえる。

また、移民関連不当雇用行為制度が、雇用主処罰制度の創設とセットになって移民法に規定された経緯に照らすと、アメリカ移民法は、前述のとおり雇用主処罰制度が「選択」の理念のうちの「排除」の側面の機能を持つものであったのに対し、移民関連不当雇用行為の規定には「統合」の機能を持たせ、両制度のバランスを取ろうとしている点、および、後者の保護する範囲から不法就労者を除くことにより前者の制度との調整を図ろうとしている点でも特色がある。

最後に、「就労資格書類確認制度の濫用」についてみると、不法就労者であることを知りつつ雇うことを防止するための「就労資格書類確認制度」が、差別的意図をもって濫用された場合、雇用主処罰規定の徹底によって生じるおそれがある「選択」の理念のうちの「排除」の側面が不当に機能することになるので、これを移民関連不当雇用行為とすることで、差別禁止による「統合」機能で合衆国市民や適法就労者を保護しようとするものと位置付けられる。

第二項 アメリカ労働法における移民政策

以上、移民法政策と労働法政策の交錯について、労働政策からの移民法へのアプローチをみてきたが、以下では、移民政策からの労働法へのアプローチをみてゆく。

一 適法就労者の法的地位の位置付け

適法就労者との関係では、外国人政策の観点からみると、内外人平等の原則に加え、労働法において外国人労働者の「統合」が図られている。具体的には、第七編を中心とする雇用差別禁止法により、外国人に対する差別も一定の要件のもとで出身国差別として違法となりうる取扱いがなされている。言い換えると、雇用差別禁止法における出身国差別の禁止が、機能としては外国人の「統合」の機能を担っている。そのような意味で移民政策が労働法に反映し、ある政策の実現機能を他の法が担っているという意味で移民法と労働法の交錯がみられる。「英語のみルール」についての前述の取扱いは、外国人にとつての言語（母国語）の使用が「統合」を図るうえで重要な機能をもつことの反映と位置付けられる。

二 不法就労者の法的地位の位置付け

上述のとおり、移民法は「選択」の理念を実現する機能を担っており、受け入れる外国人の基準に反して不法に入国・

滞在している者については退去強制、すなわち、同理念のうち「排除」の側面に基づく手続きの対象とする。しかし、そのように本来は「排除」の対象である外国人が、国内に入つてしまい不法就労者となった場合、その労働関係上の利益を保護する必要が生じるので、適法就労者と同じ内容ではないにせよ、労働法による「統合」の側面も無視できなくなる。ここでは、「選択」の理念のうちの「排除」の側面と「統合」の理念との調整の問題を生じる。

合衆国においては、不法就労者にも一般に労働法の適用を認めているが、救済面においては、救済を与えることにより結果的に不法就労を適法なものと認めるのと同じになつてしまふ効果を避けるよう解釈することにより、移民政策との調整を図ろうとしている。すでに述べてきたとおり、判例等の概ねの傾向は、労働法の適用そのものにおいては、不法就労者に対しても「統合」の要請が一定限度働くが、救済においては、不法就労者という地位を考慮せざるを得ず、救済のうち既往の労働に対応するものについては、「排除」の要請は弱くなるものの、将来の労働に対応するものについては、これを認めると入国・滞在を認めるのと同様の効果が生じうるので、そのような取扱いとならないよう「排除」の要請が強くなることから、既往分が将来分かで分けようとしている。

上述のように、アメリカ労働法における不法就労者の取扱

いは、その内容については立場の違いがあるにしても、労働法の解釈に当たり、移民政策を考慮する点では共通しており、移民政策による「選択」の理念のうちの「排除」の側面と、労働法による「統合」の理念の両者の調整を図ろうとしていることがうかがえる。

第三項 アメリカ法の全体的特色とその背景

以上みてきたアメリカ移民法および労働法それぞれにおける特色をまとめて、外国人労働者をめぐるアメリカ法の全体的特色を述べると以下のようにいえる。

アメリカ法の分析の視点としては、これまでも取り上げてきた次の二つを挙げることができる。すなわち、アメリカ法からは、①移民法政策と労働法政策の交錯という視点と、②「選択」と「統合」の理念を具体化させる制度の存在と、「選択」の理念のうち「排除」の側面と、「統合」の理念との調和ないし調整という視点をみてとることができる。

わが国の学説においても、外国人の入国・滞在を管理・規制する移民法（わが国での入管法）は労働市場法の一形態でもあるとの指摘がなされているが、このように、移民法政策と労働法政策の交錯やそのような政策がもつ理念の調和ないし調整を意識した制度のあり方は、今後のわが国の制度設計にとっても有益な示唆をなすものと思われる。ただし、外国

の法制度を参考にしようとする場合には、当該外国の法制度の背景をなす事情にも考慮が必要である。

そこで、アメリカ法の背景となるアメリカ合衆国の雇用環境をみていくと、以下の点を指摘できる。

すなわち、合衆国においては、①原則として解雇は自由であるため、外部労働市場の機能が大きくなること、②人種差別等の歴史を背景として、差別是正の要請が強く働くこと、③内部労働市場においては、職務を特定した採用が一般的であり、異職種配転が行われることは少ないことを挙げることができる。

こうした合衆国特有の雇用環境を背景として、アメリカ法の特色は、第一に、外部労働市場の役割が大きいため、そのなかで、募集・採用の適正化の要請が強く働くことが挙げられる。労働証明制度が募集・採用のプロセスに焦点を当てているのは、外部労働市場重視の現れともいうる。

第二に、そもそも合衆国の雇用差別禁止法自体に、差別の禁止を通じて国内労働者の「統合」を図ろうとする理念が含まれているが、合衆国の外国人政策では、このような雇用差別禁止法が本来持っている「統合」機能を、外国人の「統合」を実現させるために活用し、一定程度の外国人差別の禁止を含ませている。また、移民法の中で一定範囲の国籍差別も禁止されている。そもそも合衆国は移民国家として成立し

た国であり、人種差別や出身国差別の禁止を通じていわゆるマイノリティ差別を禁止している。これら差別への対応の強力さは、合衆国の外国出身者の多い労働市場を反映したものであるという。

第三に、アメリカ法上の不法就労者の取扱いの点では、合衆国においては、不法就労者であっても、訴訟を通じて自らの権利を主張することが、わが国と比較して容易であることを挙げることができる（そのため、実際に不法就労者を当事者とする多くの裁判例が存在する）。合衆国では、不法就労者がそのような保護をあてにして入国する逆インセンティブも否定できないのは、同国が訴訟社会（すなわち、訴訟による紛争解決のインセンティブが高い社会）であることによるものといえる。

第四に、移民法上の制度である労働証明制度を労働行政が運営しているように、移民法政策と労働法政策が一体となって運用されていることを挙げることができる。

これに対し、わが国の雇用環境とそれを反映した労働法の特徴は、①近年働き方に多様性がみられるようになったとはいえ、長期雇用が一般的であること、それを背景として、民法上の雇用契約における解雇自由の原則を修正した「解雇権濫用法理」が確立しており、内部労働市場における雇用安定の要請が強いこと、②そのような長期雇用の中で、職務を特

定しない採用が一般的に行われ、異職種配転もしばしば行われる点に特徴がある。そのため、内部労働市場に関しては、雇用主の裁量権を重視する傾向がある。

このようなわが国の雇用環境は、合衆国の雇用環境とは背景を異にするが、外国人政策においては、以下のような共通点もみられる。すなわち、具体化の仕組みは異なるとしても、①「選択」と「統合」の理念を併せ持つこと、および②外国人受入れに際し、国内労働市場の保護は、国の責任であること、を挙げることができる。このような共通点がみられることから、以下のようなアメリカ法の外国人労働者の取扱いは、日本法のもとでも有益な示唆を与えうるものといえる。

第一に、アメリカ移民法に労働政策が影響を与えている点について、アメリカ法は以下の二つの示唆を日本法に与える。すなわち、まず、①労働証明制度において、（ア）労働政策的視点が制度上明示的に取り入れられているうえ、（イ）それを実施する行政機関に労働行政を担当する労働省が関与していること、を挙げることができる。

また、②雇用主処罰制度と移民関連不当雇用行為制度との関係において、前者の規制強化による国内労働市場の保護政策と、後者の一定範囲の適法就労者等に対する差別を禁ずる保護規定がセットとなっていることを挙げることができる。

第二に、アメリカ労働法に移民政策が影響しているという点については、移民法上適法に受け入れられた外国人については、主として、内外人平等原則と雇用差別禁止法によって、「統合」の実現が図られているが、不法就労者については、移民法と労働法の衝突が生じる。後者につき、アメリカ法は、不法就労者に労働法の適用を認める一方で、救済面において一定の制約を加え、「統合」と「排除」の調整を図っている。

このように、アメリカ法の発想は、日本法に取り入れる場合に検討すべき視点を提供しうるものである（背景事情の差異を考慮すべきことについては後述する。）。

第二節 日本法への示唆と今後の方向性

第一項 入管法制

以下では、わが国の入管法とアメリカ移民法の制度の違いについて述べたうえで、わが国の入管法にアメリカ移民法が与える示唆を検討する。ここでは、アメリカ法の発想ないし示唆がわが国にとって有益か否か、わが国に取り入れた場合に考慮すべき点について、それぞれみてゆく。

一 日米比較

（一）合衆国の労働証明制度とわが国の在留資格該当性の判断

すでに述べたとおり、入国・滞在管理および就労管理において、わが国も在留資格制度のもとで、合衆国と同様に一元管理を行っているが、合衆国では労働証明制度を実施しているのに対し、わが国にはこのような制度は導入されていない。

すなわち、わが国では、法務省入国管理局が入国・滞在を認めるか否かを決する段階で、入管法および基準省令等が具体的要件を定めており、この基準省令の内容をみると「日本人が従事する場合に受ける報酬と同等額以上の報酬を受けること」という収入基準があるなど、日本の労働市場に悪影響を与えないようにすることを考慮していることがうかがわれる^⑤。しかし、入国・滞在を認めるか否かの判断に当たっては、労働行政機関は関与しておらず、基準省令を改正する場合等の連絡協議などを除けば、専ら、入管法の施行を担当する行政機関の担当になっている。

これに対し、合衆国では、本論文で述べたように労働市場の影響の有無について、より専門的知識を有している労働省に労働証明制度を実施させ、その結果を待って、国土安全保障省のBCIS（かつてはINS）が入国および資格の変更

の許可を出すという制度が採られており、二つの行政機関が関与している。

次に、合衆国の労働証明制度における労働市場テストは厳格に行われている。すなわち、同制度の下では、①雇用主にまず合衆国労働者の募集を行わせるとともに、募集において、過度の制約を付すことを禁止し、②支配的賃金以下で募集することおよび当該外国人を採用することを禁止している。このように厳格な労働証明制度を実施する理由は、合衆国が移民受入れ国であり、長期にわたり国内の労働市場に影響をもたらす移民については、より厳格に審査を行う必要性が、わが国のような移民を受け入れない国と比べて高いからではないかと思われる。¹⁰⁾

いずれにせよ、わが国のような制度では、国内労働市場への悪影響を避けるという目的を十分に達成しうる仕組みになつているとはいいいくいが、他方、合衆国のような制度は、手続きが複雑になり、審査期間も長期化するという問題がある（ただし、合衆国においては、この点について、手続きの簡素化のために様々な工夫がなされている）。以上の点も日米の違いというが、この問題をどの程度重視するかは、外国人をどのような範囲で受け入れるか、避けるべき労働市場への影響がどの程度大くなるかという政策的判断と関連していると考えられる。

（二）合衆国の雇用主処罰制度と移民関連不当雇用行為制度およびわが国の不法就労助長罪と入管法上の差別禁止規定の不在

すでに述べてきたとおり、わが国では、最近、外国人労働者に関する政策のあり方をめぐる議論が再び活発になつており、その中で不法就労対策も議論されている。国際化の進展につれ、今後不法就労助長罪の適用事例が増え、この制度の重要性も増していくものと予想される。

そこで、合衆国の制度とわが国の制度を比較すると、合衆国では、雇用主処罰制度について、詳細な手続きや、免責される要件などのルールが決められている点に特徴がある。この点につき、わが国の手続きは発達していない。また、合衆国で行われている「就労資格書類確認制度」も存在しない。¹¹⁾

また、アメリカ移民法においては、雇用主処罰とそれによる適法就労者等の不利益を回避するための移民関連不当雇用行為の禁止がセットになつて規定されているが、これに対し、わが国では入管法上、不法就労助長罪がもたらしうる適法就労者等への不利益を回避するための規定が存在しない。

二 今後の方向性

（一）日本型「労働証明制度」の導入

上述のとおり、合衆国では、入国・滞在と就労の管理が一

元化されているが、これに一種の労働市場テストというべき労働証明制度が組み込まれている。労働証明制度は、移民法に労働政策（特に労働市場政策）を反映させるよう設計されており、そのための手続きを設けていることは、わが国にとって有益な示唆をなすものと思われる。

前述のとおり、わが国では、一部の在留資格について、基準省令に従った受入れの可否の判断がなされているが、個々の事案における労働市場の影響を考慮する仕組みはとられていない^⑩。より具体的にいえば、外国人を雇用しようとする企業に国内労働者の募集手続きをとることは要求されていないが、将来わが国においてより広い範囲での外国人労働者の受入れを行う場合には、国内労働市場への影響が大きくなりうるので、一定範囲で、合衆国のように、労働市場への影響をより具体的に判断する労働証明制度を導入することが考えられる。また、そのような制度を導入する場合、国内労働市場への影響を判断するのに適している労働行政機関に関与させる方向で検討すべきと考える。

ただし、労働証明制度をわが国に導入する場合には、国内労働市場における国内労働者の雇用・労働条件の安定性への配慮も要請される。雇用・労働条件の安定性は、合衆国でも協約賃金との矛盾を考慮するなどの配慮が多少はなされているものの、外部労働市場の流動性が高く、また、雇用保障

と連動して労働条件保障についても一般的に言えば希薄である合衆国ではそれほど考慮されていないといえる。わが国にこのような労働証明制度を導入する場合、国内労働者の事前募集や、賃金以外の労働条件^⑪についてもより細やかな配慮が要請される場合があると考ええる。たとえば、就労予定企業での労働時間や労働環境を判断要素に取り入れることなどが挙げられる^⑫。現有労働者の解雇を行ったり、労働条件の不当な引下げを行っていないか等も労働証明の発給に当たって考慮すべきものとすることが適切である。

また、わが国は、移民受入れ国ではないため、国内労働市場への影響を入国・滞在および就労許可の判断基準に取り入れるとしても、合衆国と同様の厳格な手続きを用いることは必ずしも必要ではないが、外国人の定住化が進みつつあるとの指摘がある中、今後の外国人受入れ範囲の如何によつては、現行の基準省令よりも国内労働市場に配慮した基準をもった制度を採用することは検討に値する。

他方、国際的な人材獲得競争が激化するなか、高度人材の積極的な受入れは、わが国の外国人政策の方針として確立しているといえる^⑬。そうすると、そのような外国人の受入れの促進を図るために、当該外国人および受け入れようとする雇用主の負担軽減を図る必要がある。「医療」など高度な専門性を要する職業が該当する在留資格については、そうした高

度人材に該当し、国内労働市場への悪影響もほとんどないと考えられるので、労働証明制度の対象外とする、あるいは、自動的に労働証明を与える措置が考えられる（現在、就労が認められている在留資格のうち、基準省令の適用のないものはこれに当たると考える^⑩）。また、わが国での就労活動に制限のない、「特別永住者」や「永住者」などの在留資格を有する者については、そもそも在留資格制度のもとで就労活動に制限がないことから、想定される労働証明制度の枠外とすることは、いうまでもない。

これに対し、専門性がそれほど高いとはいえない職業が該当する在留資格や国内労働者との競合が懸念される職業が該当する在留資格（たとえば、「技術」や「人文知識・国際業務」など^⑪）、また、新たに、さほど高度とはいえない職種についても在留資格を拡大とした場合（「中間技能」というカテゴリーの創設が主張されている^⑫）、そのような外国人の受入れは、国内労働市場に影響するので、それらの在留資格については、労働証明制度を創設してその適用対象とすることを検討してはどうか、と考える。

また、わが国では、入国時のチェックだけでは、不十分である。入国時だけでなく、在留期間の更新時などに、それぞれ在留資格に沿った活動内容かどうかをチェックする仕組み（労働証明制度）が必要と考える。在留資格外の就労活動が

できないという縛りがあるため、わが国では、不法就労者だけでなく、適法就労者も規制の対象となる。そこでは、適法就労者に認められる内外人平等原則も在留資格制度によって一定の制約を受けることになる。

（二）不法就労者の雇用主への対処

まず、合衆国の雇用主処罰制度については、上述のとおり、不法就労者と「知りつつ」採用、募集、職業紹介する者、継続して雇用する者が処罰の対象となる。わが国の入管法の「不法就労助長罪」においても、不法就労者であることの認識は要件となっていると解されるので、合衆国での雇用主処罰制度での「知りつつ」雇用したかどうかの判断基準など、同制度は日本法を検討するにあたり参考となる。

また、わが国においては、外国人を採用する際、旅券や外国人登録証明書で就労資格の有無を確認することは一般に行われているが、合衆国のような「就労資格書類確認制度」は導入されていない。わが国では、不法就労対策が急務となっていることから、このような制度は、将来における制度設計を検討するにあたり参考となると思われる、同様の制度を導入する方向での制度設計を検討すべきである。

さらに、移民関連不当雇用行為制度は、IRCAにおいて雇用主処罰制度の導入による弊害を避けるために導入された

ものであるが、わが国にはこうした制度は導入されていない。しかし、わが国においては、労基法三条において国籍差別が禁止されており、一面においては、一定限度しか国籍差別の禁止をしていないアメリカ法よりも厳格な規定が存在する。そこで、わが国では、外国人差別に対して、新たな差別禁止規定を設けなくとも、外国人に対する同条の適用および解釈を検討することで、労働者への不利益を回避しうる余地があると考ええる。

今後、わが国において、一層の不法就労対策が必要となり、「不法就労助長罪」の適用が増えた場合に、外国人であることを理由とする採用差別が広がっていくおそれがあり、合衆国でのこのような差別禁止規定は、今後のわが国における制度を検討する上で参考になると思われる。わが国においては、労基法三条による上記のような対応が可能であるので、わが国で必要性が生じうるものとしては、就労資格書類確認制度を導入した場合の、不必要な書類を求めているならないとする同確認義務の濫用による差別の禁止を挙げることができらるだろう。

(三) わが国の適法就労者をめぐる問題の解決策

① 労働条件申請制度の創設

また、わが国においては、在留資格認定証明書の交付申請

や在留資格の変更許可の申請に際し、雇用主の作成する労働条件等を記載した書類が入国管理局に提出されているが、それと現実の労働条件が異なっていた場合に、労働契約の内容をめぐって紛争が生じている。これに対し、裁判所は入管局に申告された内容そのものは労働契約とはならないと判断している(山口製糖事件決定^⑤)。現行法のもとではやむを得ない結論といえるであろうが、入管法制において、労働条件等を記した書類の提出を要求するのは、それらの書類に記載された労働条件等が基準省令の要件を満たしているかをチェックするためであり、これにより、ある程度日本の労働市場に悪影響を与えないことをチェックする役割を果たしうる。

しかし、山口製糖事件決定のような立場では、せっかく労働市場に悪影響を与えないという観点から基準省令への該当性をチェックしているにもかかわらず、実際の労働契約関係においては、その結果からかけ離れた取扱いに対してコントロールを及ぼせないこととなってしまう、上記のような目的が十分に達成できないという問題が残る。このような問題の解決に関して、合衆国で行われている、一部の非移民ビザの申請に先立ち、雇用主が労働省に対し、賃金や労働条件等について誓約を行う労働条件申請制度の取扱い、わが国に示唆を与えうるものである。

そうした観点からすれば、わが国でも、入管法そのものが

労働関係を規律するという取扱いには困難であるとしても、入管法上の手続きが労働契約に一定の影響を及ぼしうる仕組みが必要と考える。例えば、入管当局に提出した書類記載の労働条件が労働契約の内容となるように、雇用主に対し、その書類を外国人労働者に交付させることで当該労働条件の開示を行うように求めるなどの立法措置が考えられる。

第二項 労働法制

以下では、わが国の労働法とアメリカ労働法の外国人労働者の取扱いの違いについて述べたうえで、わが国の労働法の解釈にアメリカ労働法の解釈が与える示唆を検討していく。ここでは、前項と同様、アメリカ法の発想ないし示唆が、わが国にとって有益か否か、また、それらをわが国に取り入れる場合に考慮すべき点について、それぞれみてゆき、今後の方向性につき、検討することとしたい。

一 日米比較

(一) 適法就労者の「統合」施策

外国人政策における「統合」という要請の実現のために、労働法が果たす役割は日米共通である。わが国の労基法三条は国籍差別を禁止している点では、国籍差別については、一九六四年公民権法第七編においてはそれ自体を禁止する規定

がなく、移民関連不当雇用行為制度により、また、第七編の出身国差別禁止規定を通じて間接的に外国人の平等取扱いを実現しているに留まるアメリカ法より強力であるといえる。^⑧

他方で、合衆国では、雇用差別禁止のルールが大きな役割を果たしており、規制も強力である。このため、主として司法の場で雇用差別禁止法を通じて「統合」の実現を図ろうとする志向がある。これに対し、わが国は、差別禁止の規制は合衆国ほどまでは強くなく、訴訟件数も少ない。そのため、わが国における「統合」は、差別禁止だけでなく、これに加えた行政支援を必要とすると考ええる。

(二) 不法就労者の労働法上の取扱い

日本法においては、不法就労者に労働法上の保護を与えるかどうか、また保護を与えるとしても、不法就労者であるが故の制限が加えられるかどうか、入管法政策との関係で問題となるが、わが国においてはこの点に関する検討はまだ十分になされておらず、特に、入管法政策と労働法政策の調整という観点からの検討は不十分といわざるをえない。

これに対し、合衆国においては、不法就労者に労働法上の保護を与えることは、雇用主が不法就労者を雇おうとするインセンティブを抑制することになり、移民政策にも合致する

といったインセンティブ論がある。

他方、Hoffman 判決の法廷意見では、むしろ逆インセンティブ論ともいふべき、不法就労者に労働法上の保護を与えることは、不法就労者に将来の不法就労へのインセンティブを与えることになり、移民政策に反するとの立場がうかがわれる。しかし、いずれの立場も、不法就労者の労働法上の取扱いを考える際に、移民政策に配慮している点で共通している。

ただし、上述の逆インセンティブ論の背景として、日米間の訴訟件数の違いを考慮する必要がある。^⑫すなわち、訴訟を通じて不法就労者も権利の主張ができる合衆国では、労働法の保護をあてにして入国する逆インセンティブもあながち否定できない。一方、日本の現状では、不法就労者が訴訟を通じて権利主張をすることは少ないという実態があり、わが国の現状のもとでは、むしろ、移民政策および労働政策上、労働法の保護を与える要請が比較的強いといえる。そうであるとしても、将来の不法就労を前提とする救済を与えることには疑問があり、救済の内容を考えるにあたり留意する必要がある。

二 今後の方向性

（一）適法就労者への対応

①「統合」の実現手法

労働法においては、入管政策を考慮した取扱いと「統合」の促進が要請される。

すでにみたとおり、わが国では、労基法三条に国籍差別の禁止があり、出身国差別も同条で禁止されると解されている。同条は採用には適用されない取扱いとなっているが、将来、外部労働市場の流動性が高まり、そこでの雇用機会の平等の要請も強まった場合には、採用についても同条の適用について改めて検討する必要があるであろう。また、わが国では、訴訟制度による実現の面も含め、合衆国に比べて差別禁止の規制は弱い。そこでこの点については、「統合」への行政による支援が考えられる。たとえば、「外国人労働者の雇用・労働条件に関する指針」^⑬はその一例であるが、「統合」の実現のために、これに法律上の根拠を与えて、より実効性のある行政指導・助言等を可能とすることなどが考えられる。その他、特に法律の根拠を必要とする訳ではないが、外国人労働者に対して労働法や紛争解決手続きおよび生活面に関する情報提供や支援をより積極的に行うことも考えられる。たとえば、生活指導、外国人に理解可能な労働条件の明示や安全衛生指導、あるいは日本語指導等を挙げることがで

さる。

② 契約をめぐる問題

さらに、採用した外国人が、その在留資格に見合った職務を遂行するには能力不足であったためにその外国人を配転したことが問題となった鳥井電器事件^⑩でみられたような、能力に見合った配転を行うと資格外就労をもたらすという結果が生じてしまうという問題については、雇用主が、認められている在留資格の範囲外の職務を担当させる配転を行うことは、入管法との調整の必要があるため、原則としてそのような配転を行うことはできないと考える。その場合、当該労働契約においては、在留資格に対応した職種限定の合意が明示的又は黙示的にあることが多いであろうから、それを超える配転命令は、無効となる（職種限定の合意が認定されない場合も、入管法上認められない就労を強制する配転命令は、日本の法秩序と調和しないであろうから、公序違反として無効となしえよう）。

その場合には、解雇もやむをえないことが多くなるであろうが、雇用主は、直ちに解雇をするのではなく、まず、改善の機会や警告を与えたうえで、在留資格の範囲内での配転可能性を検討するなどの努力をすべきである^⑪。そして、その努力が可能であるのに、それを怠った場合には、解雇は解雇権

の濫用となりうると考える。

また、在留期間と契約期間の解釈については、雇用契約が期間の定めのあるものであるとの認定につき、在留期間を理由の一つとした裁判例（フィリップス・ジャパン事件決定^⑫）があるが、在留期間と契約期間は論理的には同じではない。この場合にも、労働契約が入管法違反とならないように、「法務大臣の在留資格の許可しないし在留期間の更新が認められない」場合に、契約を解除する旨の条項を労働契約に定めることで一応の解決が可能である。しかし、労基法一四条においては、一定の専門職等について、五年間の有期契約が認められており、そうした労働政策を入管法にも反映させる制度設計を行うことが望ましい。併せて、高度人材の受入れを促進するというわが国の外国人政策の観点からも、入管法制において、労基法一四条の改正を反映し、その改正に合わせた在留期間を認めるようにするべく、三年を超えてはならないとする在留期間の上限について、入管法（同法二条の二第三項および同法施行規則三条に基づく同別表第二）を改正することが考えられる。具体的には、労基法一四条により五年の有期労働契約が認められる職業に該当する在留資格については、在留期間を五年とすることなどが考えられる^⑬。

（二）不法就労者への対応

① 基本的枠組み

次に、アメリカ法における不法就労者の労働法上の取扱いからの示唆を受けて、わが国における不法就労者の労働法上の取扱いのルールを検討すると、以下のような枠組みを提示しうる。

すなわち、不法就労者についても、①原則として労働法の適用を認めたくえて、②救済においては、入管政策の要請を考慮し、不法就労者に就労資格を与えたのと同様の結果とならないよう配慮する。しかし、既往の労働に対応する部分については、将来の不法就労を促進することにはならないため、そのような要請は弱まるので、保護を与えうると考える。一方、③将来の労働に対応する部分の救済については、不法就労者である労働者側が、適法就労者となりうる蓋然性を相当程度まで立証し得た場合には、それを条件として、そのような部分についても救済を認めることができることと解することとしたい。ただし、④そのような蓋然性を立証できなかった場合、アメリカ法のルールでは救済が否定される可能性が高いが、損害賠償請求については、わが国では、既に改進黨事件最高裁判決が、一定程度の期間を就労可能な期間として事実認定しうる場合には、その期間につき日本ベースでの損害賠償を認める判断枠組みを示している。金銭支払いに

よる損害賠償を認めても現実の就労自体を認めることにはならないので、こうした判断枠組みは支持しうるものである（詳細は後述する）。

以上のような枠組みを前提として、わが国での不法就労者の労働法上の取扱いをめぐる生じている（または、生じうる）代表的な問題についての解決方法を以下検討する。

② 逸失利益の算定

わが国の労災事故での民法の損害賠償については、労働法的要素も含んでいるといえるため、入管政策からの労働法的な法理念へのアプローチを同様に検討しうる問題であるといえる^⑧。ただし、日本法のもとで現実の損害については、将来に向けての損害額も認定するので、基本的には事実認定の問題であっても、将来の滞在可能性の判断に関わって規範的評価が入ってくる。

この点につき、改進黨事件判決は、わが国での就労可能期間はわが国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先（多くは母国）での収入を基礎として逸失利益を算定するとしたくえて、わが国での就労可能期間については、「来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績および蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸

要素」を考慮して認定するという判断枠組みを示した（同判決のこの判断枠組みを「改進黨ルール」と呼ぶ）。そこで述べられた「規範的要素」の具体的内容について、学説の理解は分かれている^⑩。同判決は、損害額について、現実または将来起こるであろう具体的損害をベースにして損害額が認定されるというルールに則って判断しており、事実の評価において、入管法の評価が入っているが、あくまで事実認定の問題であって、「改進黨ルール」自体には、「規範的要素」の中に憲法一四条の理念や労働者保護という観点は必ずしも含まれていないと考える。そのうえで、「改進黨ルール」は、損害の認定という場面において、入管政策を考慮して、不法就労者については、わが国に滞在し、就労する期間をそれほど長期のものとするべきではないとの観点に立つものといえる。すなわち、「改進黨ルール」で示された「規範的要素」は、入管法の「選択」の理念に配慮しているといえる。このような点で、「改進黨ルール」は、「規範的要素」として、入管法政策を考慮に入れているといえる。

しかし、このことと、「改進黨ルール」に、実態としての労働関係に着目した労働者保護という考慮を取り入れることを加えることは矛盾しない。改進黨事件判決が、日本での就労可能期間を三年と認定したことは、一定程度この点を考慮したものといえる。

また、こうした規範的要素において、入管法違反という事実を考慮するとしても、逆に、入管法違反の事実が解消される可能性を考慮することも考えられる^⑪。すなわち、改進黨事件判決の立場では、不法就労者の就労可能期間は長期なものとしては認定され得ないが、ここで、不法就労者である労働者側が、自らが在留特別許可^⑫を受けるなど滞在が合法化される蓋然性が相当程度高いことを立証できた場合には、相当な期間について、日本ベースでの算定が可能となると解することができよう。合衆国においては、このような立証責任上の取扱いを明確に示す裁判例があり、日本法の解釈として参考になる（改進黨事件判決でも、そのような立証があった場合については結論が異なりうる可能性を示唆している）。

③ 不法就労者の解雇をめぐる問題

上記①で示した枠組みを労働災害による逸失利益の問題に当てはめると、上記②のとおりとなるが、その他の労働法の適用をめぐる問題についても、基本的に同様の取扱いが可能と考えられる。まず、わが国の労働法規も合衆国と同様に、不法就労者にも適用があると考えるのが適当である^⑬。わが国の労働法が、実態としての労働関係に着目して労働者を保護しようとする発想をもっていることから、現実に雇用されている者については、在留資格の有無を問わず、労働法規の適

用を認めるのが適當であると考ええる。

しかし、具体的な労働法の適用のあり方、また、救済の内容については、個々の労働法規⁽¹³⁾ごとに考える必要があるもので、以下では、労働法の規律対象の中でも最も代表的な解雇を取り上げて検討したい。すなわち、不法就労者の解雇が解雇権の濫用にあたるかが問題となる事案が発生した場合につき検討すると、上記の枠組みによれば、不法就労者にも労基法が適用されるので、同法一八条の二により、解雇をどのような場合に無効とすることができるか、また、解雇が無効となる場合の救済方法はどうなるかが問題となる。

しかし、この点は、雇用主が、被用者が不法就労者であることを（ア）知らずに雇っていたか、（イ）知りつつ雇っていたか⁽¹⁴⁾で状況は異なりうる。

まず、（ア）の場合には、雇用主は被用者が不法就労者であることを理由として解雇することには、解雇をなすに一応の合理性または、社会通念上の相当性を認めることができる⁽¹⁵⁾と考える。わが国では本来就労できない不法就労者であると知らずに雇っていた雇用主が、入管法違反の状態を是正しようとしても、解雇できないのであつては不都合であるから（不法就労助長罪の成立を免れることがでなくなる）、入管法違反の事実を知った場合には解雇の合理的理由が認められると考えられるからである。

そこで、就労資格のないことを知らずに雇っていた雇用主の場合、被用者が不法就労者であることを理由に解雇することとは、解雇権の濫用に当たらないと解すべきである⁽¹⁶⁾。

次に、（イ）の場合には、雇用主は、自ら就労資格がないことを知りつつ外国人を雇用して不法就労状態を作り出したのであるから、被用者が不法就労者であることを理由に解雇の適法性を主張することは、禁反言ないしクリーンハンドの原則に照らして許されないとの見解と、雇用主が不法就労の事実を知っていたとしても、労働者は入管法上、本来就労できない立場であることを重視して、解雇権濫用にはならないとの見解が考えられる。後者の見解は、入管法政策を労働政策に優先させるものであるが、以下にみるように救済面で両方の調整を図ることができるので、ここでは、前者の無効説を取っておきたい。

このように解する場合、解雇を無効とすることが、将来の不法就労を認めることになり、結果として、不法就労者に就労資格を与えたのと同様の効果を生じることになるのではないかという問題を別途生じさせることになる。

この問題について、解雇自由の原則がとられる合衆国のルールは、わが国に直接示唆するものではなく、わが国独自の問題である。しかし、合衆国においても、NLRAに基づきNLRBが復職命令を出すことができるので、この点におい

てはアメリカ法の取扱いは示唆となりうる。そこで、アメリカ法の取扱いを見ると、Hoffman 判決は、不法就労者の復職命令を一般に認めない方向をとっている。¹⁵⁾

これを参考にして考察すると、解雇権濫用に対する救済が、通常の場合と同様に解雇の無効に基づく地位確認判決であるとした場合、雇用主は、これに従って労働者を原職に復帰させると（いわゆる就労請求権は原則として否定されているが、地位確認判決が出された以上、雇用主は原職復帰措置をとることを期待される）、不法就労助長罪に該当する行為を行ったものとして、入管法違反の責任を負わされることになる。このような結果をもたらす確認判決は、入管政策に反し、国の機関である裁判所がこうした判決を下すことは適当でないと考えられ、また、紛争解決の手段としても意味がないと思われる。したがって、判決時点で適法な在留資格が認められない場合（原告側が、適法就労者となりうる蓋然性を相当程度まで立証し得た場合を除く）、確認判決を求める訴えの利益は否定すべきと考える。¹⁶⁾

次に、賃金については、通常の場合、解雇が無効であれば、雇用主に民法五三六条二項の帰責事由があるとして、解雇時から判決時までの賃金支払いが命じられるのが通例であり、不法就労者についても同様の取扱いができるかが問題となる。Hoffman 判決をそのまま当てはめればそれを認めるこ

とは難しくなりそうであるが、上記のように、わが国では改進黨事件の最高裁判決がそれとはやや異なるルールを示しているもので、これに従うことが適当である。すなわち、一定程度の期間を就労可能な期間として事実認定しうる場合には、その期間につき、無効な解雇により就労ができなかったことは雇用主の帰責事由に基づくものだととして、賃金支払いを認めるべきと考える。これに対して、将来の賃金の支払いは、通常であればその必要性が認められるような場合でも、入管政策に矛盾するものとして許されないと思われる。¹⁷⁾

おわりに

本論文は、外国人労働者の法的地位について、①移民法政策と労働法政策の交錯の視点、および②外国人政策がもつ、「選択」と「統合」の二つの理念の具体化という視点から、アメリカ法についての検討を行った。

そのうえで、今後のわが国における法政策の方向性について検討を行い、入管法制においては、労働政策を考慮して、日本型の「労働証明制度」を導入すること、移民関連不当雇用行為に対応する差別禁止規制のあり方を検討すべきこと、さらに、「就労資格書類確認制度」を入管法に導入しつつ、書類確認義務の濫用禁止規定を設けることを提案した。

次に、労働法制に関しては、適法就労者の統合を促進する

ために、差別禁止規定を充実させるだけでなく、行政による「統合」支援策を講じることなどを提案し、不法就労者については、原則として労働法の適用を認めたいうえで、不法就労者に就労資格を与えたのと同様の結果とならないよう配慮した救済のあり方を示した。

本論文では、立法論の詳細には必ずしも検討が及んでいないが、今後は、外国人の受入れ政策の動向を踏まえて、さらに検討を行ってみたい。

(完)

注

- (90) 早川智津子「外国人労働者の法的地位―入管法政策と労働法政策の交錯―(一)」筑波法政四一号(二〇〇六年)四三―六五頁。
- (91) *See Granados v. Windson Development Corp.*, 257 Va. 103, 509 S.E.2d 290 (1999).
- (92) *See NLRB v. A.P.R.A. Fuel Oil Buyers Group, Inc.*, 134 F.3d 50 (2d Cir. 1997).
- (93) 535 U.S. 137 (2002).
- (94) 306 N.L.R.B. 100 (1992).
- (95) 326 N.L.R.B. 1060 (Sept. 23, 1998), *aff'd*, 208 F.3d 229 (D.C.Cir. 2000), *reversed and remanded* 535 U.S. 137 (2002), *vacated*, 2002 U.S. App. LEXIS 17840 (D.C. Cir. 2002).

- (96) *Sure-Tan, Inc. v. NLRB*, 467 U.S. 883 (1984).
- (97) *Del Rey Tortileira, Inc. v. NLRB*, 976 F.2d 1115 (7th Cir. 1992).
- (98) H.R. Rep. No. 99-682 (II), at 8-9 (1986), *reprinted in* 1986 U.S.C.A.N. 5649, 5758.
- (99) 本判決の批判として Irene Zopoth Hudson & Susan Schenck, Note, *America: Land of Opportunity or Exploitation?*, 19 HOUSTON LAB. & EMP. L.J. 351 (2002)), Christopher David Ruiz Cameron, Symposium, *Law and the Border: Borderline Decisions: Hoffman Plastic Compounds, the New Bracero Program, and the Supreme Court's Role in Making Federal Labor Policy*, 51 UCLA L. REV. 1, 4-5 (2003), *Developments in the Law -- Jobs and Borders: IV. Legal Protections for Illegal Workers*, 118 HARV. L. REV. 2224, 2246-2247 (2005) などがある。立法上は、対処と主張する見解として、Leading Case, III, *Federal Statutes and Regulations: F. National Labor Relations Act*, 116 HARV. L. REV. 392 (2002) など、Stanley Maitman & Stephen Yale-Loehr, *Supreme Court Denies Back Pay to Fired Undocumented Immigrants*, 7 BENDERS' IMMIGR. BULLETIN 495 (2002) など、本判決の射程距離の問題を指摘する。
- (100) *See Flores v. Albertsons, Inc.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 6171 (C.D. Cal.), *and Singh v. Julia & C.D. & R Oil, Inc.*, 214 F. Supp. 2d 1056; 2002 U.S. Dist. LEXIS 14978 (N.D. Cal.).
- (101) *See Sanchez v. Eagle Alloy, Inc.*, 254 Mich. App. 651, 2003 Mich. App. LEXIS 25 (Mich. Ct. App.), *leave to appeal granted*, 469 Mich. 955, 2003 Mich. LEXIS 2500 (Mich.), *order granting leave to appeal vacated*, 471 Mich. 851, 2004 Mich. LEXIS 1557 (Mich.), *Sanango v. 200 East 16th St. Housing Corp.*, 15 A.D. 3d 36, 2004 N.Y. App. Div. LEXIS 15637 (N.Y.

App. Div.) (本件はその後上告されたが、上告はその後取り下げられた。2005 N.Y. App. Div. LEXIS 5735), and Rosa v. Partners in Progress, Inc., 868 A. 2d 994, 2005 N.H. LEXIS 33 (N.H.).

(102) See Singh v. Julia & C.D. & R Oil, Inc., *supra* note 100.

(103) See Sanango v. 200 East 16th St. Housing Corp., *supra* note 101.

(104) See *supra* note 100.

(105) See Singh v. Julia & C.D. & R Oil, Inc., *supra* note 100, Renteria v. Italia Foods, Inc., 2003 U.S. Dist LEXIS 14698 (N.D. Ill.), and Rivera v. NIBCO, Inc., 364 F.3d 1057 (9th Cir. 2004), *reh'g denied*, 384 F.3d 822 (9th Cir. 2004), *cert. denied*, 125 S. Ct. 1603, 2005 U.S. LEXIS 2264 (2005).

(106) 111) での就労可能性は、本文で示したように、単に国内で事実として就労できるという事実上のものとは異なる。

(107) See Escobar v. Spartan Security Service, 281 F.Supp. 2d 895; 2003 U.S. Dist. LEXIS 20939 (S.D. Tx.).

(108) See Rosa v. Partners in Progress, Inc., *supra* note 101.

(109) たとえば、今後の外国人受入れにおいて、国内の労働力需給状況を出入国管理に反映させる制度の設定が必要であるとの提言や(菅野・前掲注(44)書二二頁)、入管法は雇用政策法の一分野であるとの指摘(諏訪・前掲注(45)書二四八頁)がなされている。

(110) 合衆国では、期間の定めのない雇用契約においては、雇用主は、理由のいかんを問わず、いつでも即座に労働者を解雇しようという「随意的雇用」(employment at will)の原則が維持されている(中窪裕也・アメリカ労働法(弘文堂、一九九五年)五一―六頁)。

(111) 外部労働市場とは、雇用関係にない求人企業と求職者により構成される市場を指す。

(112) 内部労働市場とは、雇用関係の中での雇用主と従業員により構成

される市場を指す。

(113) 判例法理である「解雇権濫用法理」を追認するかたちで、二〇〇三(平成一五)年労基法改正により、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」との規定(同法一八条之二)が設けられている。

(114) 雇用対策法一条参照。

(115) 構造改革特別区域法による外国人研修生の受入れ人数枠の緩和の特例要件の一つに、「該当特区における求人倍率が、全国又は当該特区が設定された都道府県における求人倍率を上回ること」(「法務省関係構造改革特別区域法第二条第三項に規定する告示の特例に関する措置及びその適用を受ける特定事業を定める件」(平成一五年八月二九日法務省告示四五三三号、最近改正平成一六年八月二八日法務省告示三六四号)二条四号)との要件が付されている。このような要件は、より詳細に該当する地域の雇用状況に配慮したものという。

(116) もっとも、以上の要件のすべてが移民受入れを前提としているわけではない。たとえば、一部の非移民ビザに関する労働条件申請制度については、支配的賃金の基準(これと当該雇用における「実際に支払われている賃金(actual wage)」と比べいずれか高い方の額以上であることを要す。)が用いられている。

(117) ただし、「興行」の在留資格との関連で、風俗営業に係る人身取引に「興行」の在留資格を有する外国人が巻き込まれていた実態にかんがみ、その防止のため、二〇〇五(平成一七)年二月七日、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」(風俗営業法)が改正され(法律一一九号)、風俗営業者等は、接客業務従事者の生年

月日、国籍、在留資格、在留期間等を確認し、その確認の記録を保存しなければならないとの規定(三六条の二第一項、二項)が導入された。

- (118) 非移民受入れの手続きについても、合衆国の労働条件申請制度は、わが国に比べ、労働市場への影響についてより具体的な判断をしているといえる。

- (119) 労働証明の手続きのレイオフした労働者に対する募集の周知も外国人労働者に国内労働者を代替させないような配慮がなされていると考える。

- (120) 合衆国でも、二〇〇五年から実施されている労働省規則「電子申請管理プログラム」(Program Electronic Review Management: PERM)のもとでの労働証明制度では、労働証明官による労働市場への悪影響のチェック事項として、従来からの支配的賃金だけでなく、支配的労働条件(たとえば労働時間)も配慮するとしている。具体的な運用状況については不明点があるが、同様の観点を示すものといえる。

- (121) このような内容の対応は、手続きの複雑化を意味しない。合衆国の労働証明制度は、手続きは厳格に行われているが、内容はシンプルである。これに対して、わが国で同様の制度を導入する場合は、手続きには後注(123)の暫約手続きを取り入れるなど、できるだけ簡素化をしようで、内容はきめ細やかなものとする必要があると考える。

- (122) 二〇〇五年三月に公表された法務省の第三次出入国管理基本計画(Ⅲ-1(1)イ) 参照。

- (123) その他、非移民ビザであるH1Bビザについて用いられる暫約手続きは、労働証明制度の簡易型ともいえるものであり、非移民受入

れ国であるわが国にとって参考になろう。

- (124) ただし、これらは比較的高度人材に近いので、簡易型の労働証明制度を導入することが考えられる。

- (125) 井口・前掲注(33) 書一九〇、一九七頁参照。

- (126) 不法就労助長罪を定めた入管法七三条の二には、「知りつつ」との文言が明文化されていないものの、不法就労者であるとの認識は要件であると解される(出入国管理法令研究会・注解判例出入国管理外国人登録実務六法「平成一七年版」(日本加除出版、二〇〇五年)一三九頁は、同条一項二号につき、「不法就労させるために」とは、不法就労させる目的で、または他人が不法就労活動をさせることを知りながらという意味であるとしている)。

- (127) 有泉亨・労働基準法(有斐閣、一九六三年)七八頁は、差別取扱いの理由が、適性、能率等の違いに基づくものであれば、それが間接的に国籍等に由来するもの(言語能力など)であっても労働法三条違反とはならないとの限定的見解を示している。この点については検討を要する。

- (128) I R C Aの雇用主処罰に照らし、わが国で不法就労助長罪を強化した場合に、雇用差別が広がる可能性を指摘し、法改正を示唆したものとして、石岡邦章・最近における米国民法改正についての実証的研究(法務研究報告書八二集四号)(法務総合研究所、一九九五年)一三一頁がある。

- (129) 前掲注(55) 決定。

- (130) 解釈上、国籍差別の禁止には出身国差別の禁止も含まれていると考えられている(山川隆一・雇用関係法「第三版」(新世社、二〇〇三年)四五頁)。また、人種差別の禁止も含まれていると考えられている(菅野・前掲注(64) 書一二三〇頁参照)。

(131) 中窪・前掲注(110) 書二二四—二二〇頁参照。

(132) また、合衆国では、懲罰的損害賠償や、エクイティにおける差止めなど独自の救済が認められることがあり、これらに対応した議論がなされているが、こうした議論は、基盤を異にするわが国では必ずしも妥当しない。

(133) 前掲注(50) 指針。

(134) 前掲注(56) 判決参照。

(135) ただし、配転先の職務を担当できるように在留資格の変更を申請する手続きを行い、能力に見合った職務を探すことまでは要求されないと解する。他方、入管法においては、一時的な配転によつて在留資格により認められている職務の範囲を超える場合でも、当該配転に合理性が認められ、その後に従来の職務に復帰することが確実なときには、資格外活動とは判断しないなどの対応を検討することが考えられる。

(136) 前掲注(52) 決定参照。

(137) この点について、経済産業省・通商白書二〇〇五(ぎょうせい、二〇〇五年)二六八頁が同様の提言をしている。また、構造改革特別区域法に基づく特定研究活動を行う研究者等の在留期間は特例措置として五年とされていた(前注(12) 参照。最近、入管法が改正され、同様の研究者等の活動を在留資格「特定活動」に明示したうえで在留期間の特例が全国的に認められることとなった(平成一八年五月二四日法律第四三三号。同年一月二四日施行)。

(138) 日本法における労災事件の安全配慮義務に基づく損害賠償の問題は、民法の枠内で考える枠組みとなっている。しかし、労災事故における損害賠償は、労働関係の安全配慮義務を基礎とするものであり(不法行為でも実質は変わらない)、アメリカ法における移民政

策からの労働法へのアプローチをも参考にしうる問題であるという。

(139) 前注(76) 掲記の各文献参照。

(140) 不法就労者の合法化の可能性を考慮要素とする説がある(藤村・前掲注(74) 書二五〇頁)。

(141) 最近、法務省入管局によつて、「在留特別許可に係るガイドライン」が策定された(二〇〇六年一〇月)。同ガイドラインは、個々の事案ごとに諸般の事情を総合的に勘案するとの従来と同様の立場を維持しつつ、許否判断において、①日本人または特別永住者の子、②それを扶養する実の親、③日本人または特別永住者の配偶者、④人道的配慮を要する者のうち一定の者について、積極的要素として考慮し、これに対し、⑤刑罰法令違反等、⑥不法就労助長罪など入管行政の根幹に係る違反、⑦過去の退去強制歴を消極的要素として考慮することとしている。同ガイドラインにより、考慮要素が示されたことは、在留特別許可の蓋然性を争う事件における裁判所の判断の行方にも影響を及ぼすものと思われる。法務省入管局ホームページ <http://www.jso.go.jp/NYUKAN/nyukan52.html> 参照。

(142) ただし、社会保障に関しては別の検討が必要である。

(143) 当初は不法就労者であると知らないで雇っていても、その後、不法就労者であることを知り、さらにその後も雇用し続けたような場合は(イ)に該当すると考える。

(144) もっとも、実際の解雇理由が、他の法違反となるものであった場合には、他の法の規定により解雇が無効となるのはもちろんである。すなわち、不法就労者であるという理由以外に、解雇が、不当労働行為に当たする場合や、不法就労者の正当な行為に対する報復措置となされた場合(多くは報復措置を禁ずる法律の保護があ

る。）には、解雇は無効となる余地もありうると考える。

(145) Hoffmann 判決以前の裁判例や現在も学説の議論として有力なのは、不法就労者に就労資格を立証させることを条件に復職を認めるものである。この考え方は、わが国でも参考となりうる。

(146) この場合、実体法上の法律関係において、労働関係は存在するが、就労できる地位を判決により法的に支持できない状態にある。このように観念することは極めて技巧的なので、以下で述べるとおり、立法的解決を検討すべきである。

(147) 以上は解釈論での対応であるが、やや複雑な解釈なので、解雇が無効になりうる場合でも、労働者が不法就労者であるとの事実が認められれば、就労資格を取得する見込みがない限り、解雇を有効として、雇用契約は終了するものとしつつ、金銭的補償を義務付けることを立法で規定することを検討してはどうか（二〇〇五（平成一七）年九月に発表された労働契約法制の在り方に関する研究会の報告書における立法提言でも、解雇の金銭解決制度が含まれている（今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書・労働調査会出版局編・どうなる？どうする？労働契約法制（全国労働基準関係団体連合会、二〇〇五年）所収二〇八―二二頁）。ただし、要件は異なっているもので、外国人についての特別立法とすべきであらう）。そうすることにより、被害者に労働法の保護を与えることができ、入管政策の観点からも、雇用主の不法就労者を雇おうとするインセンティブを減らすことができるうえ、出稼ぎ目的の不法就労者の帰国も促進できるというメリットがあるのではないかと考える（ただし、補償額については、入管政策と整合的な算定を必要とすると考ええる。）。

なお、二〇〇七（平成一九）年二月に示された「労働契約法案要

綱」においては、解雇の金銭解決の提案は盛り込まれなかった。

（筑波大学大学院ビジネス科学研究科博士後期課程企業科学専攻修士（法学）・岩手大学助教授）